

A MISSÃO DO CONSTITUINTE DOS 80

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO*

Professor Universitário e Advogado

Essa intervenção que faço, neste V Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, por solicitação de seus organizadores, certamente ficará aquém das expectativas do convite. Não pretendo assumir a responsabilidade maior de apresentar tese de minha autoria no sub-tema Legalidade e Legitimidade da Ordem Jurídica. Menos ambicioso gostaria de suscitar, no breve espaço de tempo que me é concedido, algumas questões para debate, para posterior reflexão, todas girando em torno da nova utopia brasileira da reconstitucionalização.

Vamos começar tentando conceituar o Estado. Não é suficiente para esse efeito a sucinta afirmação: o Estado é força. É necessário precisarmos um pouco mais qual o sentido mais completo, dentre tantos oferecidos pela ciência política e pela Doutrina do Estado, do termo Estado. Para nosso comum entendimento hoje, vamos designar pelo termo Estado, o aparelho criado pela sociedade humana, inteiramente subordinado ao direito, para disciplinar a vida social em determinado território, dotado de poder limitado pelos fins éticos de convivência e pela realização do bem comum. Vamos considerar, também, na esteira dos ensinamentos de Francisco Clementino de Santiago Dantas, o conceito de direito ao abrigo do conceito de cultura, como o acervo dos controles tecnológicos e morais exercidos pelas sociedades. Pelos controles tecnológicos as sociedades subjagam o mundo físico que as rodeia, logrando dar respostas aos problemas que lhes são lançados pela natureza. Pelos controles morais as sociedades, adquirindo o conhecimento do próprio homem, penetrando no seu mundo interior e revelando normas para disciplinar e orientar subjetivamente a sua vida

* O presente texto é uma versão resumida da intervenção feita no V Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado na UERJ, em outubro de 1984.

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/06/1996.

individual e comunitária, mantém a sua própria estrutura e conseguem governar o próprio emprego daqueles meios de domínio da natureza. A perda da eficácia de qualquer desses controles é a causa imediata da decadência de uma civilização ou mesmo de um grupo social, como um Estado, ou uma entidade menor contida no Estado.

No plano teórico interessa-nos apenas o fato de que o poder do Estado, usado para disciplinar a vida social não é um poder absoluto. É limitado pelos fins éticos de convivência e pela realização do bem comum, este aqui entendido como a criação de condições concretas para que a pessoa humana possa realizar em plenitude a sua natureza racional, livre e social.

É a sociedade civil - para usarmos a expressão que os nossos tempos consagram fecundamente - que oferece o lastro para o exercício do poder do Estado. É a sociedade, portanto, que rompe a estrutura de poder, desestabilizando a sua face institucionalizada, o Estado. E quando tal fato grave ocorre, instala-se o fenômeno da crise, assim a rutura do sistema de convicções que regia a vida pretérita e a ausência de um novo sistema para reger a vida do futuro.

Vivemos hoje no Brasil a inquietação produzida pela crise do poder institucionalizado. Qual a síndrome dessa hemorragia institucional? Não será, certamente, unânime a resposta. Mas, vale apresentar uma possível, para estimular o nosso raciocínio comum.

A sociedade perdeu a sua crença nas instituições, na medida em que foi marginalizada da comunhão de destino que deve caracterizar a formação e o exercício do poder. Mantendo coerência terminológica a sociedade brasileira foi impedida de conservar em nível adequado a sua capacidade de exercer eficazmente as técnicas dos controles tecnológicos e morais. Emerge daí a insubsistência da estabilidade e da paz social, com o acirramento dos conflitos, a insatisfação galopante de grandes parcelas

da população, a concentração elitista na distribuição da riqueza nacional, a fragilidade da prestação de bens e serviços indispensáveis ao existir com dignidade. Em síntese, o cenário é dramático porque a perda de benefícios substantivos da população gera, com inusitada frequência e com redobrada intensidade, a violenta desagregação dos laços de convivência social.

É nesse transe que o Brasil se encontra para vencer os grilhões do autoritarismo e alcançar a democracia. E todos se voltam esperançosos e confiantes para o Direito Constitucional, buscando o milagre da Assembléia Nacional Constituinte. É o momento de reconstituir o Estado.

Esse particular sentido de que o Estado é "constituído" está presente na elaboração do conceito de "leis fundamentais", ainda hoje utilizado para designar a disciplina jurídica básica do Estado. O termo aparece na Inglaterra, por ocasião das lutas entre o Parlamento e o Rei. E o ponto culminante pode ser localizado na chamada "*glorious revolution*", de 1688, que deu origem ao mais famoso "*bill of rights*" da história constitucional inglesa. A afirmação de "*leis fundamentais*" reguladoras do exercício do poder institucionalizado tem especial significação para o Direito Constitucional, porque estabelece uma hierarquia no direito positivo interno. Em um certo sentido, o jurisnaturalismo racionalista aperfeiçoa a construção teórica do conceito, entendendo a "*lei fundamental*" como um pacto original a que o Estado deve o seu existir, e sem a qual, portanto, seria uma abstração. Dando nascimento ao Estado na referência ao poder que incorpora, a lei fundamental consagra os direitos reservados à sociedade civil.

Assim como a elaboração contínua do conceito de "*lei fundamental*", é possível afirmar que existe, a partir dos finais da Idade Média, novo marco relevante que merece assinalado. É a construção do Estado Nacional. Antes dele havia não apenas uma limitação quanto ao

objeto, bem pouco definido, é certo, mas sempre contido longe da questão propriamente jurídica, mas também uma limitação espacial. A cidade era o meio restrito da existência das instituições políticas. O primeiro avanço foi já na antiga Roma com a sua peculiar noção de Império. A idéia de Nação era, entretanto, ainda imperfeita. É só com o Estado Nacional pós-romano que a idéia da agregação de cidades é substituída pela de sistema, consolidando-se a unidade jurídica a partir do vínculo nacional subjetivo, a princípio, objetivo ao final.

O fato mais significativo dessa passagem de patamar é o nascimento da representação política. De fato, quando a organização política alcança apenas a cidade, os cidadãos podem praticar a democracia direta, ou seja, podem reunir-se na sua agora, e decidir, sem qualquer intermediação, as questões do interesse comum. A exigüidade do espaço e o restrito conceito de cidadão facilitavam o exercício da direta comunhão de destino. A representação política, filha do Estado Nacional, é técnica do Direito Constitucional para suprir a sonhada democracia direta.

O grave problema da história constitucional, sob o ângulo jurídico, é que tanto o conceito de "*lei fundamental*" como a vivência da "*representação política*", sofreram a esclerose do tempo. No caso da "*lei fundamental*", o predomínio do seu conceito racional-normativo descaracterizou a força constituinte do antigo e autêntico "*pacto original*". No caso da "*representação política*", a vinculação com o representado perdeu a substância da identidade. Ao estudioso do Direito Constitucional cabe agora enfrentar esse grande desafio: redescobrir o conceito de "*Lei Fundamental*", renovando a teoria da "*representação política*".

Não cabe ao Direito Constitucional, como pensava Austin, criticado por Maitland, definir o soberano. Cabe ao Direito Constitucional dizer como o povo participa do exercício do poder da sociedade nacional que integra, assegurando o seu direito de viver em liberdade e com dignidade.

É essa preocupação que deve ocupar a inteligência brasileira no *pathos* constituinte desses novos e próximos dias. O que interessa questionar agora é a liberdade pós-democrática. É, sobretudo, refletir sobre o direito dos pobres, isto é, sobre o direito dos extratos desafortunados da população, que aumentam em assustadora progressão.

Se pensarmos na convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, necessária e reclamada, nos mesmos termos da tipologia racional-normativa, estaremos fadados a prolongar a nossa convivência com a crise, a nossa cumplicidade com o empobrecimento geral da sociedade brasileira, a nossa co-autoria no crime doloso de deixar ao desabrigo do direito a imensa maioria do povo brasileiro. Nunca é demais insistir que a democracia não será longa se não vier acompanhada de benefícios substantivos para a população.

Uma nova Constituição será ineficaz se vier apenas para cancelar o sistema de poder, plantado em estruturas envelhecidas, corroídas pelas práticas mais aviltantes da fisiologia política, do tráfico de influências, da expansão gulosa do poder econômico, da inoperância da representação popular. Uma nova Constituição não será eficaz se considerar que é sua função regular os direitos que o Estado se arroga frente aos cidadãos e os direitos que o Estado permite sejam contra ele exercidos. Em síntese, a defesa de uma Assembléia Nacional Constituinte nada tem com a teoria "*austiniana*" da autoridade legal ilimitada, ou, para dizermos com modernidade, com a consagração da autoridade para decidir pela manutenção de uma sociedade injusta.

A Constituição que queremos para o Brasil deste fim de século, não pode fundar-se na fragilidade de sua mudança freqüente ao sabor dos casuismos de ocasião. Em um país como o nosso, preenchida a história constitucional pelas já famosas sístoles e diástoles, a Constituição deve necessariamente conter mecanismos para a proteção dos direitos do povo,

resguardados, assim, contra a usurpação dos transeuntes do autoritarismo.

A nova Constituição brasileira não pode resultar de um projeto do Poder Executivo, nem ser aprovada pelo poder constituinte derivado. Ela deve emergir de uma Assembléia Nacional Constituinte, livremente eleita pelo povo, titular originário do poder constituinte, e convocada por ato soberano do Congresso Nacional. E deve ser precedida de um amplo debate democrático, mobilizada a sociedade por todos os meios disponíveis, para que as idéias sejam discutidas com a mais plena franquia da liberdade de opinião. Só dessa forma será representativa dos anseios do país.

A Constituinte dos oitenta, que inaugurará a nova República, deverá enfrentar com determinação a questão federativa. Só pela mudança da vigente discriminação constitucional de rendas, ampliando-se o poder tributário dos Estados e Municípios, será possível o restabelecimento da dignidade e da autêntica prática da federação.

A nova Constituição brasileira deve levar em conta que a disciplina jurídica fundamental que vier a ser implantada não pode ficar ao sabor das emendas de ocasião. Isto quer dizer que cabe-lhe estruturar o Estado em função dos direitos do povo e não dos direitos do Estado frente ao povo. Para esse fim, os futuros constituintes não podem deixar de ocupar-se com um sistema de garantias que fortaleça a sua longevidade pela permanente devolução ao povo do poder de emendá-la. Mas, sobretudo, incumbirá aos constituintes o trabalho histórico de restabelecer o poder do Parlamento pela criação de mecanismos de participação, que descentralize o processo legislativo da União para os Estados e Municípios. E, finalmente, assumirão os constituintes a responsabilidade maior de redefinir o papel do Estado na sociedade.

Essa redefinição do papel do Estado é a última questão que gostaria de deixar ao alcance de nossos debates

Admitindo como possível a conhecida classificação de Hayek, podemos explicitar os seus termos para nosso particular uso da forma seguinte: o *liberalismo* significa que o Estado assume competências que asseguram o livre jogo do mercado ou, o que vem a dar no mesmo, abstem-se de intervir na sociedade, proclamando uma certa forma de estadofobia própria do "*laisser-faire*"; deixa os indivíduos livres para utilizar os seus próprios conhecimentos na consecução dos seus objetivos; o *totalitarismo* amplia o rol de competências estatais, subordinando a sociedade aos fins estabelecidos em ordens formalmente emanadas do poder do Estado; dá origem a uma verdadeira estadocracia.

Os constituintes brasileiros da nova República terão de descobrir o correto balanceamento entre o ativo papel do Estado para corrigir as agudas distorções sociais e a preservação da liberdade para que indivíduos e grupos possam participar do processo de desenvolvimento sem o sufoco da tecnoburocracia estatal. E de nada adiantará consagrar na constituição o princípio da subsidiariedade na sua formulação clássica, jamais cumprida na vida institucional brasileira. Superar a estatização desenfreada para defender a sociedade do totalitarismo, seja ele capitalista ou marxista, é o grande desafio da vida brasileira.

Para usar a lição de Padre Fernando Bastos de Ávila, é preciso que os futuros constituintes compreendam que "*o fundamento da competência do Estado é o bem comum do cidadão. Assim, ele pode tudo aquilo e só aquilo que é necessário para a realização deste bem comum, porque outra não é a sua razão de ser*".

É com esse lastro que problemas graves como, por exemplo, o de regulamentar a produção e a distribuição das riquezas sem colocar em

risco a natureza livre da pessoa humana, devem ser resolvidos. E esta é sem dúvida a grande questão a ser enfrentada por todos aqueles que se preocupam com a liberdade pós-democrática.